

PROCESSO Nº 1305162018-1

ACÓRDÃO Nº 0641/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

1ª Recorrida: PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA.

2ª Recorrente: PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: MARCOS A. B. DE QUEIROZ.

Relator: CONSº. ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR.

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS. AJUSTES. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO, E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, conforme determinação legal, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

A falta de registro das operações de saídas de mercadorias tributáveis no Livro Registro de Saídas enseja a cobrança do imposto devido.

Ajustes realizados, em razão de provas, acarretou a insubsistência de parte do crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos, ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento*, do hierárquico, e do provimento parcial do voluntário, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001249/2018-07, lavrado em 26/2/2019, contra a empresa, PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA., inscrição estadual nº 16.137.122-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 21.109,48 (vinte e um mil, cento e nove reais e quarenta e oito centavos), sendo R\$ 11.913,05 (onze mil, novecentos e treze reais e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106, art. 60, I e II c/c art. 277; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ R\$ 9.196,43 (nove mil, cento e noventa e seis reais e quarenta e três centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, e II, “b”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 905.072,93 (novecentos e cinco mil, setenta e dois reais e noventa e três centavos), composto de R\$ 452.536,46

(quatrocentos e cinquenta e dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e quarenta e seis centavos), de ICMS, e R\$ 452.536,47 (quatrocentos e cinquenta e dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e quarenta e sete centavos), de multa por infração.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de novembro de 2021.

ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR
Conselheiro Relator Suplente



LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor

PROCESSO Nº 1305162018-1

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

1ª Recorrida: PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA.

2ª Recorrente: PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: MARCOS A. B. DE QUEIROZ.

Relator: CONSº. ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR.

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS. AJUSTES. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO, E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, conforme determinação legal, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

A falta de registro das operações de saídas de mercadorias tributáveis no Livro Registro de Saídas enseja a cobrança do imposto devido.

Ajustes realizados, em razão de provas, acarretou a insubsistência de parte do crédito tributário.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001249/2018-07, lavrado em 26/2/2019, contra a empresa, PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA., inscrição estadual nº 16.137.122-1, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/2/2014 e 31/12/2015, constam as seguintes denúncias:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestação de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

- NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter deixado de lançar nos livros

Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

Foram dados como infringidos os arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106, art. 60, I e II c/c art. 277; todos do RICMS-PB, sendo proposta a penalidade prevista no art. 82, II, “b” e V, “f”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 926.182,41, sendo R\$ 464.449,51, de ICMS, e R\$ 461.732,90, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 10/8/2018, a atuada apresentou reclamação, em 11/9/2018 (fls. 23-39).

Remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Heitor Collett, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 834.163,99 (oitocentos e trinta e quatro mil, cento e sessenta e três reais e noventa e nove centavos), sendo R\$ 418.440,30 (quatrocentos e dezoito mil, quatrocentos e quarenta reais e trinta centavos), de ICMS, e R\$ R\$ 415.723,69 (quatrocentos e quinze mil, setecentos e vinte e três reais e sessenta e nove centavos), de multa por infração, recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13 (fls. 402-415).

Cientificada, da decisão de primeira instância, no seu Domicílio tributário Eletrônico – DTe, em 16/10/2019 (fl. 3.206), a atuada apresentou recurso voluntário, onde, após um resumo dos fatos, aborda os seguintes pontos:

- Diz que a acusação de falta de registro de nota fiscal tem presunção “*juris tantum*”, admitindo prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte;
- Alega que a empresa mantém contabilidade regular, onde todos os pagamentos e recebimentos são contabilizados no caixa ou banco, sendo precipitada a acusação sem uma auditoria na contabilidade da empresa;
- Aduz que a presunção legal é pautada na constatação de que não teria havido o lançamento dos desembolsos realizados para o pagamento das notas fiscais não lançadas no caixa ou banco;
- Apresenta planilha apontando equívoco no cômputo do crédito tributário remanescente fixado na instância singular;
- Questiona o valor da multa aplicada, afirmando que não respeita os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco;
- Ao final, requer: a) a improcedência da acusação, por se concluir que a comprovação do ilícito tributário teria de ser provada através de ausência do lançamento no caixa, b) o ajuste do valor da sentença após excluídas as notas fiscais devidamente lançadas, c) A nulidade do auto

de infração em razão da inaplicabilidade da técnica, já que 90% das operações estão sujeitas ao regime da substituição tributária, d) a redução da multa aplicada por violação ao inciso IV do art. 150 da Constituição Federal.

- Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos no direito.

Os autos foram remetidos a este Colegiado, sendo distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos, *hierárquico e voluntário*, contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001249/2018-07, lavrado em 26/2/2019, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal observou os requisitos da legislação, identificando perfeitamente o sujeito passivo e descrevendo com clareza a matéria tributável, o montante do imposto devido, a penalidade proposta e as respectivas cominações legais, conforme prescreve o art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Da mesma forma, estão delineadas na inicial as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), *verbis*:

Art. 14. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;*
- III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;*
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;*
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.*

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização acusou o contribuinte de ter omitido saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2014 e 2015, ao apurar a ocorrência de compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos (fls. 09-18).

Como se sabe, a falta de escrituração das operações de entradas de mercadorias no estabelecimento acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I - o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II - a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III - qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV - a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V - declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. (g.n.).

Neste sentido, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a ausência do registro dessas Notas Fiscais denota a ocorrência de pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Configurado o fato gerador, fica o contribuinte sujeito à multa prevista no art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrita:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive, a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

Na primeira instância, o julgador singular excluiu parte da base de cálculo parte das operações por se confirmar o registro na Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Por sua vez, a recorrente alega que a contabilização das operações no caixa ou banco desconstitui a acusação, em razão da derrocada da presunção de utilização de receita marginal.

Neste sentido, assiste razão à recorrente, pois o simples registro na contabilidade da empresa, *per si*, comprova que as operações foram pagas com recursos regulares, soterrando a ilação de que as operações foram quitadas com receitas extra caixa, e elidindo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Efetuada a consulta no SPED Contábil, constata-se que a maioria das operações foram registradas no Livro Diário, apenas, não se confirmando o registro das operações abaixo discriminadas:

Período	Nº Nota	Data Emissão	Valor	ICMS	OBS
jan/14	1496	23/01/2014	480,00	81,60	
jan/14	328	29/01/2014	245,00	41,65	
jan/14	254766	08/01/2014	1.533,63	260,72	
mar/14	358774	06/03/2014	275,80	46,89	
mar/14	214332	07/03/2014	7.214,82	1.226,52	
mar/14	173709	31/03/2014	840,03	142,81	Nfe
abr/14	222871	28/04/2014	1.876,47	319,00	
abr/14	110	11/04/2014	253,59	43,11	
mai/14	6508	20/05/2014	264,34	44,94	
mai/14	88119	22/05/2014	6.894,00	1.171,98	

mai/14	13126	30/05/2014	13.468,80	2.289,70	
jul/14	261550	07/07/2014	1.813,78	308,34	
ago/14	20173	15/08/2014	590,00	100,30	
ago/14	54	22/08/2014	850,00	144,50	Nfe
ago/14	66402	27/08/2014	25.940,00	4.409,80	Nfe
ago/14	193507	30/08/2014	645,00	109,65	Nfe
ago/14	9488	29/08/2014	1.212,00	206,04	
ago/14	5365	29/08/2014	455,40	77,42	Nfe
ago/14	138845	11/08/2014	180,00	30,60	
set/14	66	24/09/2014	1.047,05	178,00	Nfe
set/14	6507	05/09/2014	252,00	42,84	
out/14	58209	16/10/2014	2.097,41	356,56	Nfe
out/14	31815	30/10/2014	1.316,10	223,74	Nfe
out/14	367750	21/10/2014	2.493,90	423,96	
out/14	158311	27/10/2014	197,40	33,56	Nfe
nov/14	96	25/11/2014	252,00	42,84	Nfe
nov/14	371609	04/11/2014	1.246,92	211,98	
dez/14	1050	18/12/2014	2.227,50	378,68	
dez/14	70319	29/12/2014	2.030,70	345,22	
dez/14	673470	08/12/2014	936,84	159,26	
dez/14	154075	01/12/2014	200,00	34,00	
jan/15	121	16/12/2014	857,86	145,84	Nfe
jan/15	16450	09/01/2015	374,10	63,60	Nfe
fev/15	8320	10/02/2015	2.875,00	488,75	Nfe
fev/15	275000	25/02/2015	287,90	48,94	
abr/15	165307	29/04/2015	12.650,00	2.150,50	
mai/15	167300	25/05/2015	12.650,00	2.150,50	
mai/15	331293	29/05/2015	170,90	29,05	Nfe
jun/15	2074	25/06/2015	198,19	33,69	Nfe
jun/15	497	17/06/2015	251,60	42,77	
jun/15	30364	26/06/2015	16.826,00	2.860,42	
jul/15	3315	10/07/2015	8.114,30	1.379,43	
jul/15	87588	02/07/2015	10.005,76	1.700,98	
jul/15	25425	15/07/2015	1.280,40	217,67	
ago/15	24962	21/08/2015	200,00	34,00	
ago/15	174566	24/08/2015	12.825,00	2.180,25	
ago/15	66153	25/08/2015	162,00	27,54	

ago/15	25022	25/08/2015	900,00	153,00	
ago/15	28459	26/08/2015	217,01	36,89	
ago/15	1366	27/08/2015	820,00	139,40	
ago/15	20126	31/08/2015	991,00	168,47	
ago/15	66200	25/08/2015	250,00	42,50	
ago/15	1180	27/08/2015	666,00	113,22	
set/15	44295	10/09/2015	202,99	34,51	
nov/15	32341	19/11/2015	1.608,10	273,38	
nov/15	1262	18/11/2015	435,26	73,99	
nov/15	677274	23/11/2015	198,00	33,66	
dez/15	697594	22/12/2015	198,00	33,66	

No entanto, devem ser excluídas as operações não acobertadas por Notas Fiscais eletrônicas, por falta de base comprobatória, em razão de não se fazerem acompanhar dos respectivos documentos.

Assim, efetuados os ajustes, considero devido o seguinte crédito tributário:

Período	Nº Nota	Data Emissão	Valor	ICMS	OBS
mar/14	173709	31/03/2014	840,03	142,81	Nfe
ICMS do Mês				142,81	
ago/14	54	22/08/2014	850,00	144,50	Nfe
ago/14	66402	27/08/2014	25.940,00	4.409,80	Nfe
ago/14	193507	30/08/2014	645,00	109,65	Nfe
ago/14	5365	29/08/2014	455,40	77,42	Nfe
ICMS do Mês				4.741,37	
set/14	66	24/09/2014	1.047,05	178,00	Nfe
ICMS do Mês				178,00	
out/14	58209	16/10/2014	2.097,41	356,56	Nfe
out/14	31815	30/10/2014	1.316,10	223,74	Nfe
out/14	158311	27/10/2014	197,40	33,56	Nfe
ICMS do Mês				613,86	
nov/14	96	25/11/2014	252,00	42,84	Nfe
ICMS do Mês				42,84	
jan/15	121	16/12/2014	857,86	145,84	Nfe
jan/15	16450	09/01/2015	374,10	63,60	Nfe
ICMS do Mês				209,44	
fev/15	8320	10/02/2015	2.875,00	488,75	Nfe
ICMS do Mês				488,75	
mai/15	331293	29/05/2015	170,90	29,05	Nfe
ICMS do Mês				29,05	
jun/15	2074	25/06/2015	198,19	33,69	Nfe
ICMS do Mês				33,69	

Não Registrar nos Livros Próprios as Saídas Realizadas

Nesta acusação, o contribuinte foi autuado por deixar de escriturar as notas fiscais de saídas nos livros próprios, nos exercícios de 2014 e 2015, acarretando a falta de recolhimento do ICMS, conforme demonstrativos (fls. 06-07).

Como se sabe, além da obrigação de emitir a respectiva Nota Fiscal, quando das saídas das mercadorias, cabe, também, ao contribuinte efetuar o devido registro nos livros próprios, com finalidade de se apurar o *quantum debeatur* do imposto, que deve ser recolhido ao final de cada período de apuração.

Assim, foi então autuada pela fiscalização por agir em desacordo com o art. 60 do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;
- b) o valor de outros débitos;
- c) o valor dos estornos de créditos;
- d) o valor total do débito do imposto;
- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;
- f) o valor de outros créditos;
- g) o valor dos estornos de débitos;
- h) o valor total do crédito do imposto;
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;
- l) o valor do imposto a recolher;
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".

Constatada a falta de registro das operações deve ser aplicada a multa prevista no art. 82, II "b", da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrita:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

- b) aos que, sujeitos a escrita fiscal, não lançarem nos livros fiscais próprios, as notas fiscais emitidas e deixarem de recolher no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente;

Mantida na instância singular, não há o que se questionar a respeito da referida decisão, pois, como já visto, a falta de registro das notas fiscais relativas às saídas

de mercadorias omite da base de cálculo do imposto o valor dessas operações, acarretando a sua não tributação.

No caso, presente, é irrelevante o registro na contabilidade da empresa, por se tratar de tributação da própria operação de saída, cujo cálculo do valor a exigir está vinculado ao registro no Livro de Entradas e Apuração do ICMS.

Portanto, sem que a recorrente tenha se desvencilhado do que lhe foi imputado, venho a ratificar a decisão da primeira instância para manter a acusação.

Análise do Efeito Confiscatório da Multa

Por derradeiro, não há como atender a pretensão da recorrente para que seja reduzida a penalidade aplicada, alegando caráter confiscatório.

Neste sentido, o percentual aplicado resulta de expressa disposição legal, prevista na legislação tributária do Estado da Paraíba, fugindo da alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

Art. 55. *Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:*

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*
- II - a aplicação de equidade.*

Nesta linha, assim, expressa o art. 72-A da Lei do PAT (Lei nº 10.094/2013):

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

- I - em ação direta de inconstitucionalidade;*
- II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.*

Portanto, configurado que o fato denunciado caracteriza conduta típica e antijurídica, prevista na legislação, deve ser aplicada a penalidade nos termos da Lei tributária em vigor, não comportando análise da inconstitucionalidade na seara administrativa.

Outrossim, não é demais considerar que estamos a tratar de penalidade administrativa pela infração de uma obrigação fiscal definida em lei, e não de multa moratória por atraso no recolhimento do imposto. Em outras palavras, é a coerção objetiva que o Estado-Lei impõe ao contribuinte, pela violação de seu direito subjetivo, positivando o fato ilícito da relação tributária.

Neste sentido, deve-se registrar a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, em que graduou a multa punitiva, no percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo, vejamos trecho do voto:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo”.

“Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, **assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%**, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar seqüência às execuções fiscais”. (g.n.).

Dessa forma, em divergência com a sentença singular, considero devido o seguinte crédito tributário:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	DATA INÍCIO	DATA FIM	ICMS	MULTA	TOTAL
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/01/2014	31/01/2014		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/02/2014	28/02/2014		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/03/2014	31/03/2014	142,81	142,81	285,62
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/04/2014	30/04/2014		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/05/2014	31/05/2014		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/06/2014	30/06/2014		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/07/2014	31/07/2014		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/08/2014	31/08/2014	4.741,37	4.741,37	9.482,74
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/09/2014	30/09/2014	178,00	178,00	356,00
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/10/2014	31/10/2014	613,86	613,86	1.227,72
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/11/2014	30/11/2014	42,84	42,84	85,68
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/12/2014	31/12/2014		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/01/2015	31/01/2015	209,44	209,44	418,88
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/02/2015	28/02/2015	488,75	488,75	977,50
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/03/2015	31/03/2015	29,05	29,05	58,10
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/04/2015	30/04/2015		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/05/2015	31/05/2015		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/06/2015	30/06/2015	33,69	33,69	67,38
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/07/2015	31/07/2015		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/08/2015	31/08/2015		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/09/2015	30/09/2015		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/10/2015	31/10/2015		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/11/2015	30/11/2015		-	-
Fata de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição	01/12/2015	31/12/2015		-	-
Não Registrar nos Livros Próprios as Operações de Saídas	01/01/2014	31/01/2014	106,56	53,28	159,84
Não Registrar nos Livros Próprios as Operações de Saídas	01/06/2015	30/06/2015	310,01	155,01	465,02
Não Registrar nos Livros Próprios as Operações de Saídas	01/08/2015	31/08/2015	5.016,67	2.508,34	7.525,01
TOTAIS			11.913,05	9.196,43	21.109,48

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento dos recursos, ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovimento*, do hierárquico, e do provimento parcial do voluntário, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001249/2018-07, lavrado em 26/2/2019, contra a empresa, PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA., inscrição estadual nº 16.137.122-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 21.109,48 (vinte e um mil, cento e nove reais e quarenta e oito centavos), sendo R\$ 11.913,05 (onze mil, novecentos e treze reais e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106, art. 60, I e II c/c art. 277; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ R\$ 9.196,43 (nove mil, cento e noventa e seis reais e quarenta e três centavos), de multa por infração, nos termos do no art. 82, V, “f”, e II, “b”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 905.072,93 (novecentos e cinco mil, setenta e dois reais e noventa e três centavos), composto de R\$ 452.536,46 (quatrocentos e cinquenta e dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e quarenta e seis centavos), de ICMS, e R\$ 452.536,47 (quatrocentos e cinquenta e dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e quarenta e sete centavos), de multa por infração.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 18 de novembro de 2021.

ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR
Conselheiro Relator

